

NEWSLETTER – Décembre 2020 – Corruption et marchés publics



La prévention de la corruption dans le cadre de la révision de la Loi fédérale sur les marchés publics

I. En ligne de mire : les accords illicites et la corruption dans les marchés publics

Le nouveau droit des marchés publics entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021, suite à l'adoption de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP¹) révisée.

L'une des principales préoccupations lors de la révision de la LMP était la lutte contre les accords illicites et la corruption dans le domaine des marchés publics.

La passation des marchés publics est en effet l'une des activités gouvernementales les plus vulnérables à la corruption, compte tenu de la complexité du processus d'adjudication, de l'interaction étroite entre les agents de la fonction publique et les entreprises, et de la multitude de parties prenantes, entraînant ainsi des distorsions de marché qui nuisent aux intérêts de l'économie suisse.

Pour ces motifs, la LMP révisée prévoit désormais la mise en place de mesures de lutte contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption dans les procédures d'appels d'offres, afin d'éviter que la concurrence soit entravée par des ententes ou d'autres pratiques anticoncurrentielles.

Dans ce contexte, le nouvel art. 11 let. d LMP prévoit par conséquent que lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption.

II. Le pouvoir d'exclusion de l'adjudicateur

Ces mesures sont concrétisées aux art. 44 et 45 LMP, qui permettent à l'adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication s'il est constaté que le

¹ RS 172.056.1

soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption².

Dans l'hypothèse d'une exclusion, l'art. 45 LMP permet notamment à l'adjudicateur ou à l'autorité compétente en vertu de la loi, en cas de violation grave des normes anticorruption, d'exclure les soumissionnaires ou sous-traitants fautifs des futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans (art. 45 al. 1 LMP).

Pour que les art. 44 et 45 LMP trouvent application, le Message du Conseil fédéral³ précise que la corruption doit être avérée. Un simple soupçon ne suffit pas. Cela ne signifie cependant pas que le soumissionnaire ou l'organe du soumissionnaire concerné doit avoir fait l'objet d'une condamnation entrée en force. Le Message ajoute encore que « *de fortes présomptions, fondées par exemple sur l'ouverture d'une enquête par les autorités d'instruction pénale, suffisent. Si l'adjudicateur sait avec certitude qu'un soumissionnaire est coupable de corruption, on ne peut raisonnablement attendre de lui qu'il collabore avec ce dernier* ». En tout état, le soumissionnaire ou l'organe du soumissionnaire concerné ne doit pas nécessairement avoir fait l'objet d'une condamnation pénale entrée en force⁴.

On relève que les notions de « *fortes présomptions* » et de « *certitude* » mentionnés par le Message laissent grande place à interprétation, ce qui risque de poser problème en pratique.

En outre, l'exclusion d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant sera inscrite sur une liste centralisée, qui précisera pour chaque cas les motifs et la durée de l'exclusion, en application de l'art. 45 al. 3 LMP. Cette liste ne sera toutefois pas publique et ne fera donc pas partie des documents accessibles en vertu de la Loi sur la transparence (LTrans⁵). Les adjudicateurs ne pourront demander des renseignements que sur un soumissionnaire déterminé participant à un appel d'offres donné. À l'expiration de la durée de la sanction, le soumissionnaire concerné sera radié de la liste.

Le soumissionnaire peut néanmoins recourir contre le prononcé d'une sanction par l'adjudicateur en vertu de l'art. 53 al. 1 let. h LMP. Ce recours a effet suspensif.

En effet, l'art. 54 LMP, qui dispose que le recours n'a pas effet suspensif, ne s'applique pas dans le cas du recours contre le prononcé de l'une des sanctions prévues à l'art. 45 LMP. Le Message⁶ précise à cet égard que « *les sanctions prévues par le droit des marchés publics, telles que l'exclusion de la procédure, sont comparables à des sanctions pénales. Les dispositions spéciales du droit des marchés publics destinées à accélérer la procédure et à assurer la sécurité juridique ne peuvent donc être appliquées à la légère aux recours contre ces sanctions* ».

III. Quid de la présomption d'innocence ?

La révision de la LMP donne ainsi un pouvoir considérable à l'adjudicateur qui, en dépit de sa qualité de simple agent privé, disposera de la possibilité de sanctionner le soumissionnaire qui serait fortement soupçonné d'avoir commis des actes de corruption hors du cadre d'une procédure pénale, dans laquelle la personne concernée disposerait des droits de la défense.

Une partie de la doctrine⁷ considère, à raison selon nous, que la nouvelle réglementation anticorruption proposée dans la LMP révisée pose problème puisqu'elle conduirait, en définitive, à une violation du principe de la présomption d'innocence tel qu'il découle en particulier des art. 6 § 2 CEDH et 32 Cst. Il est en effet inacceptable qu'un soumissionnaire faisant l'objet d'une procédure pénale pour des faits de corruption soit exclu d'un marché par l'adjudicateur sur la base des art. 44 et 45 LMP, alors même qu'un acquittement pourrait être prononcé par le Ministère public au terme de l'enquête pénale.

Il semble dès lors que la mise au pilori du soumissionnaire qui pourrait, selon l'adjudicateur, avoir commis des actes de corruption, est peu compatible avec les principes régissant l'Etat de droit.

² Les dispositions relatives à la lutte contre la corruption dont il est question se trouvent notamment dans le Code pénal, aux art. 322^{ter} ss CP.

³ Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 (FF 2017 1695, p. 1807).

⁴ *Idem*.

⁵ RS 152.3.

⁶ Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 (FF 2017 1695, p. 1825).

⁷ Alain Macaluso, *Révision du droit des marchés publics : quand l'adjudicateur devient juge de la corruption...*, in : www.droitpenaldesaffaires.ch, du 5 août 2019.

Cela dit, le droit de recours contre les sanctions prononcées par les adjudicateurs permettra cependant aux soumissionnaires de faire valoir leurs droits devant une autorité judiciaire en bénéficiant de l'effet suspensif, ce qui empêchera leur exclusion le temps de la procédure.

Le contenu de cette Newsletter, établie le 21 décembre 2020, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions :

Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch

Françoise Martin Antipas
Avocate associée
martinantipas@resolution-lp.ch

=
Resolution
LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4
CP 5747
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40
F. +41 21 312 59 41